

T

Teleologische Konkretisierung, Begriff
Teleologische Konkretisierung, Begründung des Zwecks
Teleologische Konkretisierung, Sicht der Literatur
Theorie der Praxis
Topik
Text, anordnender
Text, Gravitationszentrum
Text, rechtfertigender
Text, sprechender
Textarbeit, juristische
Textformular
Textkohärenz
Textstruktur, Rechtsordnung
Textstufen

Teleologische Konkretisierung, Begriff

Die Verwendung des teleologischen Arguments wird auf der Textoberfläche eines EuGH-Urteils kenntlich, wenn dort nach "Sinn und Zweck", "Ziel" oder dem "Geist" des Gesetzes gefragt wird. "Nach Art. 64 § 2 a und b der Verfahrensordnung des Gerichts haben prozessleitende Maßnahmen insbesondere zum Ziel, den ordnungsgemäßen Ablauf des schriftlichen Verfahrens oder der mündlichen Verhandlung zu gewährleisten und die Beweiserhebung zu erleichtern sowie die Punkte zu bestimmen, zu denen die Parteien ihr Vorbringen ergänzen sollen oder die eine Beweisaufnahme erfordern (...)." Auch die Wendung "Zweck" erscheint häufig auf der Textoberfläche eines teleologischen Arguments: "Da in der Richtlinie nicht angegeben wird, was unter 'Ausnahmefällen' zu verstehen ist, ist dieser Ausdruck im Licht des mit der Richtlinie verfolgten Zweckes auszulegen, wonach die Jahresabschlüsse (...) ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaften zu vermitteln haben (...)." Eine weitere Wendung, die teleologische Argumentation anzeigt, ist "sollen": "Diese Rechtsprechung beruht namentlich auf der Erwägung, dass die Klagfristen die Rechtssicherheit gewährleisten sollen, indem sie verhindern, dass Gemeinschaftshandlungen mit Rechtswirkungen zeitlich unbeschränkt in Frage gestellt werden können (...)." Ein weiteres Indiz ist das Wort "dient": "Unstreitig dient die Anerkennungsrichtlinie insbesondere der gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Facharztes (...)." Weitere Indizien für teleologische Auslegung sind die Wendungen "könnte" oder "kann" bzw. "kann nicht" oder "wenn (...) muss": "Könnte eine Partei vor dem Gerichtshof erstmals ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel (...) vorbringen (...), so könnte sie den Gerichtshof (...) mit einem Rechtsstreit befassen, der weiterreicht als der, den das Gericht zu entscheiden hatte. Im Rahmen eines Rechtsmittels ist die Zuständigkeit des Gerichtshofes also darauf beschränkt, die vom Gericht vorgenommene Würdigung des im ersten Rechtszug erörterten Vorbringens zu überprüfen (...)." Die Wendung "könnte" oder "kann" ist natürlich auch als Negation verwendbar: "Dass ein Antragssteller seinen Antrag (...) auf eine konkrete Verordnungsbestimmung stützt (...), kann die damit befasste Behörde nicht von ihrer Verpflichtung befreien zu prüfen (...)."

Der EuGH leitet den Zweck des Gesetzes entweder aus den Materialien oder aus der Systematik ab und behandelt die Teleologie damit als mehrgliedriges Argument.

Weiterhin ist für die Arbeit des EuGH mit der Teleologie kennzeichnend, dass er nicht von einem Zweck ausgeht, der dem Recht angeblich zu Grunde liegt. Diese instrumentelle Sicht würde in der hochkomplexen europäischen Rechtsordnung auch sofort als Fremdkörper wirken. Das Zweckargument ist für den EuGH vielmehr ein sinnvoller Teil juristischer Kommunikation, aber nicht die fundierende Schicht des Rechts. Das wird auch daran deutlich, dass er die Teleologie nicht als wichtigstes Element und Grenze der Interpretation behandelt, sondern sie vielmehr bei der Schaffung einer gemeinschaftsbezogenen Bedeutung dem Wortlaut unterordnet.

Die teleologische Konkretisierung einer Vorschrift vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst ist das Telos zu bestimmen, sodann ist damit zu argumentieren. Dabei ist die Vorgehensweise dann objektiv-teleologisch, wenn „Sinn und Zweck“ der zu konkretisierenden Vorschrift anhand von Grammatik oder Systematik ermittelt werden; sie ist subjektiv-teleologisch bei der Gewinnung des Telos aus den Mate-

rialien, also aufgrund historischer oder genetischer Argumente. Die Prozedur ist mithin nur legitim, soweit „Sinn und Zweck“ des zu behandelnden Normtexts anhand anderer Konkretisierungselemente belegt werden. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Gesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive „Wertung“ oder „Abwägung“.

Die im Traditionellen verharrende Literatur ordnet die Teleologie den Canones zu und sieht sie damit als eingliedriges Argument einer Verknüpfung von Normtext und zu Grunde liegendem Zweck. Da der Zweck als das Wichtigste am Recht gilt, ist der Stellenwert des teleologischen Arguments zentral; und es soll sogar möglich sein, mit einem Gesamtzweck der Rechtsordnung zu argumentieren. Der EuGH sieht demgegenüber die Teleologie in einleuchtender Weise als mehrgliedriges Argument, welches nicht zentral ist, sondern dem Wortlaut untergeordnet werden muss. Eine Argumentation mit dem Gesamtzweck des Gemeinschaftsrechts vermeidet er. Der EuGH entwickelt das Zweckargument damit von einer traditionell metaphysischen Voraussetzung hin zu einer überprüfbaren Schlussform. Trotzdem bleibt, vor allem wenn sich das teleologische Argument mit der speziellen Dynamik des Gemeinschaftsrechts verbindet, im systematischen Teil die Frage der Legitimität noch zu untersuchen.

JM II, S. 72 f, 75, 84

Teleologische Konkretisierung, Begründung des Zwecks

Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlussform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. "Die teleologische Interpretation ist kein selbständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten." (Müller, F., *Juristische Methodik*, 1997, Rn. 364)

Aus dieser Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich ihre Problematik. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine widersprüchliche Vielfalt von Ergebnissen. Damit ist die teleologische Interpretation zugleich einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Sie kann sich angesichts der vielen divergierenden Zwecke, die sich in einer pluralistischen und hoch differenzierten Gesellschaft mit der Regelung anstreben lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher sein. Sie kann also selbst wieder nur eine Möglichkeit setzen. Und diese definiert sich logisch bekanntlich nur negativ dadurch, dass sie nicht notwendig ausgeschlossen ist. Die Kunst der teleologischen Auslegung besteht darin, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen Mehrdeutigkeit fertig zu werden und diese nicht durch ein päpstliches Werturteil zu überspielen.

Die Herleitung des Zwecks entscheidet über die Einordnung des teleologischen Arguments. Wird er aus Wortlaut oder Systematik abgeleitet, spricht man von der objektiv teleologischen Auslegung. Wird der Zweck aus den Materialien bezogen, heißt die Methode subjektiv teleologische Interpretation.

In einer Inhaltsanalyse der EuGH-Begründungen des Jahrgangs 1999 kommt eine empirische Untersuchung zu dem Ergebnis, dass der EuGH in 44 Fällen den Zweck aus den Begründungserwägungen ableitet, in 39 Fällen aus früheren Entscheidungen, in 13 Fällen aus dem Wortlaut und in 12 Fällen aus der Systematik. Allerdings wird auch angemerkt, dass der EuGH in der Mehrheit der Fälle die Herleitung des Zwecks nicht begründet. Natürlich muss hier nicht jedes Mal ein Defizit in der Argumentation vorliegen. Die fehlende Begründung kann sich aus dem pragmatischen Relevanzhorizont ergeben. Wenn dieser Zweck im Verfahren nicht umstritten war, ist seine Herleitung nicht nötig. Andernfalls ist ein teleologisches Argument ohne Begründung des Zwecks fehlerhaft.

JM II, S. 76 f.

Teleologische Konkretisierung, Sicht der Literatur

Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex. Sie übersieht bereits die funktionale Differenzierung zwischen Recht und Politik. Vor allem aber macht die Sprache und macht der rechtliche Kommunikationsprozess jeden Instrumentalismus zunichte. Zwecke kann man nur in der Sprache formulieren und verfolgen. Sie liegen ihr nicht im Sinn eines Repräsentationsmodells zu Grunde. Man sieht das schon daran, wie die herkömmliche Lehre die Zwecke des Gesetzes formuliert: es wird einfach eine bestimmte naheliegende Lesart des Normtextes zum Zweck des Gesetzes genannt. So ist es etwa der Zweck einer Schadenersatznorm, dem Geschädigten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen. Dieses Vorgehen ist nicht nur zirkulär, sondern führt vor allem auch zu einem Voluntarismus, der willkürlich einzelne Lesarten als grundlegende Zwecke des Rechts auszeichnet.

Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt und sie sogar zur Grenze vertretbarer Rechtsansichten macht: "Um eine sichere Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu gewährleisten und dem Gewaltenteilungsprinzip Beachtung zu verschaffen, darf im Wege der Auslegung die objektiv erkennbare Zielsetzung des Gesetzes nicht verfehlt werden. Diese bildet eine Grenze für die Rechtsanwendung in allen ihren Erscheinungsformen." Auch wenn man den Zweck nicht einfach behauptet oder aus einer Paraphrasierung des Normtextes gewinnt, sondern ihn mit Hilfe der Canones ableitet, liegt hier das Willkürisiko darin, dass dieser Zweck an die Stelle der Wortlautgrenze tritt. Aus der instrumentellen Sicht wird so eine Instrumentalisierung des Rechts für die jeweiligen politischen Zwecke des Zeitgeistes. Dieser kann sich dann in der europarechtlichen Literatur zum Telos des Gemeinschaftsrechts überhöhen: "Das erklärtermaßen mit der Errichtung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verfolgte Ziel der Vertragsstaaten war die Gründung einer an einem liberalen Wirtschaftsmodell hin ausgerichteten Gemeinschaft, die eine bestmögliche Faktormobilität und optimale Verwertung der zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte gewährleisten sollte. Das primäre Interesse galt zunächst einer schrittweisen Annäherung der nationalen Wirtschaftspolitiken, um eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität und eine beschleunigte Haltung der Lebenshaltung zu fördern (Art. 2 EWGV). Man kommt nicht umhin, die Grundkonzeption als vom klassischen Neo-Wirtschaftsliberalismus geprägt anzusehen." (Buck, C., Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 223)

JM II, S. 71

Theorie der Praxis

Juristische Methodologie ist eine im Ansatz theoretische Bemühung; und zwar hier auf der Linie einer Theorie der Praxis. Solche Theorie ist, selbst ohnehin stets eine Form von Handeln, demjenigen Handeln, das wir juristische „Praxis“ nennen, weder autoritär übergeordnet noch im Sinn einer Pflicht unterworfen, nachträglich zuzustimmen und möglichst zu rechtfertigen. Beide Handlungsfelder stehen an verschiedenen gesellschaftlichen Orten, nehmen unterschiedliche Aufgaben in der sozialen Arbeitsteilung wahr, arbeiten demgemäß mit je eigenen Mitteln. Sie sind einander gleichgeordnet. Theorie erläutert, was geschieht; aber mit ihren Instrumenten, und das sollte doch wohl heißen, mit analytischen. Das große Wort „Analyse“ wird in der Wissenschaft recht oft, aber nicht immer zu Recht beansprucht. Der Stil des Wissenschaftsbetriebs ist mehrheitlich affirmativ: für die „herrschende Lehre“ und die „herrschende Rechtsprechung“, mit dem innerhalb der Fachdisziplin etablierten mainstream; affirmativ damit in aller Regel, und nicht zuletzt, angesichts der „herrschenden“ gesellschaftlichen Verhältnisse. Dem entsprechen, auch wenn dabei das ominöse Wort immer wieder unterlaufen mag, die bekannten Vorgehensweisen: den Gegenstand vorweg domestizieren; seine problematischen Punkte wählerisch ein- beziehungsweise ausschließen; die eigene (mainstream-)Vorgabe in Position bringen; Störfaktoren rechtzeitig ausgrenzen, Dissidenten totschweigen - now anything goes. Analyse, wie sie hier gemeint ist, hat mit all dem nichts im Sinn. Sie gibt ihr Ergebnis aus der Hand, lässt sich von ihm überraschen. Neugier auf ein - etwaiges, nicht sicher mögliches - Ergebnis treibt sie an; und nicht der Vorsatz, ein zwar nicht vorab kognitiv „gewusstes“, wohl aber vorweg gewelltes Resultat, sei es mehr

autoritär, sei es eher rhetorisch, eindrucksvoll zu rechtfertigen. Bildlich gesprochen, arbeitet sie, wie schon die Herkunft des Wortes andeutet, mit einem Becken voll Säure, in das alles erkennbar zum Problem Gehörige, einschließlich der eigenen Gegebenheiten (Vorwissen, Position, generelles wie fachliches Vorverständnis) eingegeben wird. Analyse akzeptiert damit auch „negative“ Ergebnisse als Ergebnisse, auch „zersetzende“ Aussagen als Aussagen; einschließlich solcher, die mitgebrachte eigene Positionen im Lauf der Arbeit aufgelöst haben. Analyse gibt die Bestandteile der Säure bekannt und hat deren Wirkungsweise zu verantworten. Es geht ihr, und das sogar in der Rechtswelt, die von ihrer Hauptfunktion her die Neigung hat, umgekehrt gepolt zu sein, um Einsicht statt um Macht.

Theorie erläutert, was geschieht; juristische Methodologie erklärt, was im juristischen Handeln, in verschiedene Richtung reflektiert und begrifflich aufgeschlüsselt, tatsächlich vor sich geht. Selbstverständlich sind dabei abweichende Begriffsnetze, sind diverse Methodenkonzepte möglich. Jedes von ihnen sollte seine Grandannahmen und seine begrifflichen Mittel jedenfalls offen ein- und folgerichtig durchführen. Was hier methoden„politisch“ allerdings von Anfang an nicht angezielt wird, ist ein im Grund nur beschreibender, ein im vorhinein „die“ Praxis bejahender Ansatz, der auf Vertrauensappelle zugunsten der amtlichen Funktionsträger, die es schon recht machen, die es schon richten werden, hinauslaufen muss.

Statt dessen geht es hier, im oben genannten Sinn, um analytische Arbeit: zum einen, damit trennschärfer als bei autoritätsgläubiger Deskription das, was in der Praxis juristischen Handelns offenbar unausweichlich geschieht, auf den Begriff gebracht werden kann. Und zum ändern, damit es gerade durch die damit erzielbare Genauigkeit und Tiefenschärfe möglich wird, einen - an demokratischen und rechtsstaatlichen Maßstäben beurteilt - recht gemischten Ist-Zustand juristischer Entscheidungspraktiken einem verbesserten Soll-Zustand anzunähern.

Die Erfahrung, aus der es zu lernen gilt, ist nicht die einer selbstsicheren Routinehaltung, eines selbstgefällig personalisierten „Judizes“ oder gar einer kollektiven Festungsmentalität der juristischen Entscheidungsstäbe. Sie muss reflektierte Erfahrung sein. Rechtsstaat und Demokratie verlangen und verdienen nichts Geringeres. Die wichtigste, weil am ehesten verallgemeinerungsfähige, nachprüfbar, demokratisch diskutierbare Form reflektierter Erfahrung liefert die Wissenschaft. Theorie, die sich dem Ist-Zustand der Rechtspraxis analytisch nähert, hilft auch dabei, diese (selbst-)kritisch fortzuentwickeln. Theorie in diesem Sinn will sich nicht durch die Erhabenheit ihrer Gegenstände („allgemeine Rechtsprinzipien“, „oberste Rechtswerte“, „Vernunftrecht“, und ähnliches) als Theorie auszeichnen, sondern allein durch den Grad ihrer begreifenden Durchdringung des - altbekannten, alltäglichen - Gegenstands. Die Aufklärung dessen, was eigentlich vor sich geht, wenn juristisch gehandelt und entschieden wird, setzt ein hochgradiges Durchdringen der vertrauten Wortfassaden voraus.

JM I, Rn. 536 ff.

Topik

Die Unbrauchbarkeit des gesetzpositivistischen „System“begriffs für das Verfassungsrecht wurde schon dargelegt. Die neuere Diskussion zum Systembegriff in der Jurisprudenz wie auch die Ansätze zu topischer Rechtsfindung spielten sich hauptsächlich im Zivilrecht ab. Die allgemeine Tendenz geht in Richtung auf einen „offenen“ Systembegriff, der vor allem über „teleologische“ Ableitungen im Rahmen systematischer Auslegung wie auch im Weg „systematischer Lückenergänzung und Rechtsfortbildung“ für die Rechtsgewinnung dienstbar gemacht werden soll. Gleichfalls im Zivilrecht entstanden Auseinandersetzungen über den topischen Ansatz (bei Viehweg) im Sinn einer sich an ungebundene Rechtsfindung annähernden techné der Problemerkörterung oder im Sinn der Herstellung immanenter Problemzusammenhänge bei der (unter anderem auch systematischen) Auslegung geltender Normen. Die dort angestellten Überlegungen laufen auf Empfehlungen zur wechselseitigen Ergänzung und Durchdringung von „topischer“ und „systematisch-deduktiver“ Rechtsfindungsmethodik hinaus. Der Topik werden Aufgaben der Auflockerung scheinbar logisch geschlossener rechtswissenschaftlicher Systeme, der Auslegung wertausfüllungsbedürftiger Normbegriffe, eines Notbehelfs bei Fehlen hinreichender gesetzlicher Regelung, vor allem beim Füllen von Lücken, und ferner als Verfahren zur Beschaffung von Gesichtspunkten dort zugewiesen, wo das Gesetz Billigkeitsnormen enthält oder auf gesellschaftliche Anschauungen oder Maßstäbe verweist (z. B. die Anschauung „aller recht und billig Denkenden“, die Beachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ im Sinn des § 276 BGB, das

Handeln des „ordentlichen Kaufmanns“ oder des „vernünftigen Kraftfahrers“ und so weiter). Schließlich soll sie auch Funktionen verfassungspolitischer Art *de lege ferenda* übernehmen können. Für verfassungsrechtliche Methodik ist es zweitrangig, ob solche Kooperationstendenzen zwischen einseitig topischem und einseitig axiomatisch-deduktivem Vorgehen als „offenes“, aber unbewegliches oder als „bewegliches“ System bezeichnet werden, als „Dualismus“ oder als „Synthese“ der wesentlichen Gesichtspunkte beider Methoden, als beide umschließende „Struktur“ oder als „wechselseitige Durchdringung“ beider Arbeitsweisen. Für die Arbeit praktischer Verfassungskonkretisierung entscheidet allein, was über die Struktur von Norm und Normativität, über die Struktur des Entscheidungsprozesses und des Darstellungsvorgangs im einzelnen erarbeitet wird. Die verallgemeinernden Selbstbezeichnungen der einzelnen Positionen deuten allenfalls Programme an, geben aber noch nicht deren die Bedingungen und Möglichkeiten der Rechtspraxis einbeziehende theoretische Ausführung.

Folgerichtig topisches Denken kann den Normtext nur als einen Topos unter ändern ansehen. Die Topoi als meinungsmäßig diskutierbare, die Entscheidung möglichst überzeugend begründende Gesichtspunkte sind in ihrer Auswahl auf das Problem ausgerichtet. Wenn das Problem es erfordert, müssen auch normfremde Topoi herangezogen werden können. Der nicht zuletzt für das Staats- und Verfassungsrecht verbindliche Primat der Normbindung macht die Vorstellung eines primär topischen Problembezugs unzulässig. Gleichwohl stellt sich in dem theoretischen Rahmen, der von der Nichtidentität von Norm und Normtext, vom Verständnis der Rechtsnorm als einem sachbestimmten Ordnungsmodell, vom Verfahren der Konkretisierung statt von demjenigen gesetzessystematischer Anwendung bestimmt ist, auch bei striktem Normbezug der Konkretisierung und unter dem Gebot rationaler Kontrollierbarkeit der einzelnen Schritte der Rechtsgewinnung wie der Darstellung jede juristische Arbeitsweise als problem- und fallbezogen heraus. Insoweit ist sie in der Tat so strukturiert, wie es der topische Ansatz gegenüber jeder gesetzessystematischer Verengung des Blickfelds herausgearbeitet hat.

Es kommt nicht von ungefähr, dass sogar im Zivilrecht, das die Diskussion um topische Rechtsfindung doch in aller Breite einführt, Berufungen auf die Freirechtsschule oder auf sonstige Arten normtextungebundener Rechtsschöpfung allenfalls am Rand und nicht selten auch missverständlich anklingen, dass sie als Votum gegen den primären Normtextbezug der Rechtskonkretisierung jedoch nicht ausdrücklich vertreten werden. Auch unterverfassungsrechtliche Teilbereiche der Rechtsordnung sind durch verfassungsrechtliche Normierungen daran gehindert, positiv geregelte Fragen unter Umgehung der Normen und durch Rückgriff auf Topoi nicht-normativer Herkunft ordnen zu wollen. Auch außerhalb des Verfassungsrechts ist Topik weder ein Verfahren von nur rhetorischer Verbindlichkeit noch eingeengt auf rechtspolitisches Werten und Argumentieren. Die (wie im einzelnen auch immer benannte) grundsätzliche Ergänzungsbedürftigkeit von Problem- und Systemdenken, besser: von Normbezug und Problembezug der Rechtskonkretisierung, hat sich auch dort herausgestellt²¹⁰. „Geschlossene“ Axiomatik bedarf der Erweiterung durch Prinzipienbildung und Problemdenken aufgrund von Anstößen aus dem Fallrecht ebenso wie auf der ändern Seite eine „offene“ Problementwicklung topischer Natur um der Rationalität und Nachprüfbarkeit ihrer Erwägungen und um der normativen Bindung des Richters und der ändern Staatsgewalten an das Gesetz willen nicht ohne systematische, in ihrer Reichweite und Generalisierbarkeit allerdings normativ begrenzte und bedingte systematische Ableitungszusammenhänge auskommen kann. *De lege ferenda*, für die Verfahren der Beschaffung von empirischem und wertendem Material im Verfahren der Rechtsetzung, sind „topische“ Verfahrensweisen weniger eingeengt. Für die Aktualisierung gesetzten Rechts jedoch hängt die Feststellung konkreter Ordnungsfolgen in erster Linie von der normativen Regelung ab, die bei aller Schwierigkeit ihrer Konkretisierung in der Regel genügend Anhaltspunkte gibt und den Rückzug auf rechtspolitischen Voluntarismus erspart.

Topik sollte sich so verstehen, dass sie sich ihre verbindliche Argumentationsperspektive von den durch Normkonkretisierung zu gewinnenden Sach- und Problemgesichtspunkten vorgeben lässt und im Fall eines aufweisbaren Konflikts stets normgemäß und damit möglicherweise „problemwidrig“ entscheidet. Der Gesetzgeber, der problemwidrige Regelungen des geltenden Rechts problemgemäß zu ändern unternimmt, kann die aus der Sache folgenden Topoi ohne andere normative Einengung als die der Verfassungsmäßigkeit seiner Regelung ins Spiel bringen und abwägen. Dagegen identifiziert Topik, die *de lege lata* den primären Problembezug an die Stelle des primären Normtextbezugs setzen will, zu Unrecht die Strukturen, Funktionen und Begrenzungen der Entscheidungsprozesse von (Verfassungs-)Gesetzgebung auf der einen und Verfassungskonkretisierung durch einfache Gesetz-

gebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung auf der ändern Seite. Die Grenzen topischer Rechtsfindung im Verfassungsrecht sind also nur zum Teil methodischer und damit nicht-normativer, zum ändern Teil verfassungsrechtlicher und damit verbindlicher Art. Topische Rechtsfindung fragt notwendig über den Normtext hinaus. Sie will damit die Struktur jeder herkömmlichen Interpretation aufdecken, die den formellen Quellen nicht entnehmbare Einsichten als Teile des positiven Rechts auszugeben gezwungen ist, weil sie angeblich den Rahmen des „gegebenen“ Gesetzes „inhalts“ nicht verlässt. Demgegenüber sollte Verfassungskonkretisierung in Bindung an den Normtext die seit dem Gesetzespositivismus fortgeschleppte Identifizierung von Norm und Normtext aufgeben und auch sonst die juristischer Methodik möglichen Fortschritte vollziehen. Die abstrakte Frage nach „Axiomatik“ oder „Topik“ liegt auf einer ändern Ebene. Über die positivistische Subsumtionsideologie hinausgehende Verfassungskonkretisierung ist auch nicht gleichzusetzen mit einer Topik, die in der Perspektive „geschichtlichen“ Rechts die Verfassungsnormtexte und ihre Begriffe lediglich als „Momente“ der in der „Situation“ aufgegebenen, in topischer Argumentation anzustrebenden Synthese oder „concordantia discordantium“ behandelt. Verfassungsrecht ist fundamentales, positivrechtlich nicht weiter abgestütztes Recht. Im Verfassungsrecht jedenfalls kann topische Rechtsfindung über den Normtext nicht hinweggehen; darf sie auch dann nicht gegen den „klaren“ Wortlaut einer Vorschrift entscheiden, wenn dieser für eine „sinnvolle“ Problemlösung keinen Anhaltspunkt liefert. Doch will Topik gleichwohl auch im Verfassungsrecht „hinter das Gesetz zurück und über es hinaus“ fragen. Was das Verfassungsrecht nach Struktur und Funktion erfordert, ist dagegen nicht Topik, sondern methodisch differenzierte und strukturierte Normkonkretisierung anstelle positivistischer Subsumtion formallogisch postulierter „Untersätze“, anstelle der „Anwendung“ vorgeblich fertiger Rechtsbefehle. Zwar ist rationale Konkretisierung im Verfassungsrecht schwieriger als in Rechtsgebieten mit dichter gearbeiteten Textzusammenhängen. Doch ist damit noch nicht gesagt, rechts(norm)theoretisch und methodisch müsse der Primat vom Normtext auf das Problem übergehen. Im Verfassungsrecht sind auch die „Probleme“ von besonderer Art. Die Eigenart des Verfassungsrechts betrifft Norm- und Problemstruktur. Auch das „Problem“ ist von der Mehrdeutigkeit des Verstehens als einem methodischen Grundtatbestand wie von der Natur des Verfassungsrechts als politischem Recht, als der Grundlage der positiven Gesamtrechtsordnung und ferner von dessen relativem Mangel an rechtsgeschichtlicher und wissenschaftsgeschichtlicher Tradition von Problemlösungen und „Topoi“ betroffen

So gesehen, ist die Form von Topik nicht haltbar, die geltendes Recht im Konfliktfall zugunsten problemangemessener Falllösung übergehen will. Diese Auffassung verletzt, auch abgesehen von der im Einzelfall zu überspielenden Vorschrift, vielfältig geltendes (Verfassungs-)Recht: die Unverbrüchlichkeit der rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassung; die Bindung auch an unterverfassungsrechtliche Normen; die Gebote der Rechtssicherheit, der Gleichmäßigkeit und Durchschaubarkeit der Rechtsordnung und nicht zuletzt die verfassungsmäßig festgelegte Verhältnisbestimmung der Funktionen. Erscheint eine Vorschrift im Einzelfall als nicht problemgerecht, so ist es Sache des demokratisch legitimierten und verfahrensmäßig gebundenen, prinzipiell in öffentlicher Diskussion festhaltbaren Gesetzgebers, sie sachgerecht zu ändern. Nicht ist es dagegen Sache eines Rechtsprechungsgremiums. Die Normtexte des Grundgesetzes über die Bestimmung der Funktionen wie die Bindungs- und Bestimmtheitsvorschriften (z. B. Art. 20 III, I III; Art. 19 I 2, 80 I 2, 79 I 1) einschließlich der Kontrollnormen (z. B. Art. 19 IV, 93, 100) zeigen, dass das geltende Verfassungsrecht nicht im Sinn einer primär problemorientierten Topik, sondern in dem einer primär normorientierten Methodik zu verstehen ist. Das Fragwürdige dieser Variante von Topik wird im (allein interessanten) Konfliktfall nie aususchalten sein: Wer in einem bestimmten Sinn entscheiden will, dies aber nur in Bindung an das geltende Recht, wird nicht immer eine Norm finden, die sein Wollen rechtfertigt. Wer dagegen notfalls auch gegen geltendes Recht bestimmte inhaltliche Entscheidungen durchsetzen will, wird ohne Zweifel immer (verbale) Gründe finden, sein (politisches, ideologisches, interessenbedingtes) Wollen normunabhängig am - im Gegensatz zum Normtext ausschließlich von ihm selbst formulierten - „Problem“ zu rechtfertigen.

Für Strukturierende Methodik liegt in diesem Befund eine funktionelle Grenze, nicht ein striktes Entweder-Oder. Rechtsnormen sind strukturiert. Eine blockhafte Bindung an „die“ Norm im Sinn des herkömmlichen positivistischen Normbildes Frage nach „Axiomatik“ oder „Topik“ liegt auf einer ändern Ebene. Über die positivistische Subsumtionsideologie hinausgehende Verfassungskonkretisierung ist auch nicht gleichzusetzen mit einer Topik, die in der Perspektive „geschichtlichen“ Rechts die Verfassungsnormtexte und ihre Begriffe lediglich als „Momente“ der in der „Situation“ aufgegebenen, in topi-

scher Argumentation anzustrebenden Synthese oder „concordantia discordantium“ behandelt. Verfassungsrecht ist fundamentales, positivrechtlich nicht weiter abgestütztes Recht. Im Verfassungsrecht jedenfalls kann topische Rechtsfindung über den Normtext nicht hinweggehen; darf sie auch dann nicht gegen den „klaren“ Wortlaut einer Vorschrift entscheiden, wenn dieser für eine „sinnvolle“ Problemlösung keinen Anhaltspunkt liefert. Doch will Topik gleichwohl auch im Verfassungsrecht „hinter das Gesetz zurück und über es hinaus“ fragen. Was das Verfassungsrecht nach Struktur und Funktion erfordert, ist dagegen nicht Topik, sondern methodisch differenzierte und strukturierte Normkonkretisierung anstelle positivistischer Subsumtion formallogisch postulierter „Untersätze“, anstelle der „Anwendung“ vorgeblich fertiger Rechtsbefehle. Zwar ist rationale Konkretisierung im Verfassungsrecht schwieriger als in Rechtsgebieten mit dichter gearbeiteten Textzusammenhängen. Doch ist damit noch nicht gesagt, rechts(norm)theoretisch und methodisch müsse der Primat vom Normtext auf das Problem übergehen. Im Verfassungsrecht sind auch die „Probleme“ von besonderer Art. Die Eigenart des Verfassungsrechts betrifft Norm- und Problemstruktur. Auch das „Problem“ ist von der Mehrdeutigkeit des Verstehens als einem methodischen Grundtatbestand wie von der Natur des Verfassungsrechts als politischem Recht, als der Grundlage der positiven Gesamtrechtsordnung und ferner von dessen relativem Mangel an rechtsgeschichtlicher und wissenschaftsgeschichtlicher Tradition von Problemlösungen und „Topoi“ betroffen

Mit dem Gesagten wird die sachliche Notwendigkeit topischer Argumentation bei der Beschaffung und Verarbeitung entscheidungserheblicher Gesichtspunkte nicht bestritten. Doch hat die immer wieder auflebende Topik-Diskussion gerade an diesem praktisch zentralen Punkt weithin vorbeigeredet. Dass juristische Arbeit im Sinn gesetzespositivistisch behaupteter „rein logischer Systematik“ nicht funktioniert, ist seit langem offenkundig und nicht mehr das Problem. Das Problem liegt im praktischen Verhältnis topischer Arbeitsweisen zur verfassungsmäßig angeordneten Normtextbindung aller juristischen Funktionen. Es liegt somit in der Notwendigkeit einer nachpositivistischen Gesamtkonzeption rechtswissenschaftlicher und rechtspraktischer Methodik.

Der Normtext erscheint als ein Topos unter anderen, insofern auch er nur Text ist. Aber er ist ein verfassungsrechtlich-organisatorisch hervorgehobener Text (durch die Art, wie in bezug auf ihn demokratisch und rechtsstaatlich Gewalt organisiert, das Machtverhältnis hergestellt wird): der einzige, der sich auf das unmittelbare Handeln gewählter Vertreter des Volkes beruft; der einzige, der bei seiner Setzung nicht an das Handeln einer anderen - unter den drei „normalen“ - Staatsgewalt gebunden ist (anders als das sogenannte Richterrecht gegenüber Art. 97 Abs. 1 GG).

So gesehen, ist die Form von Topik nicht haltbar, die geltendes Recht im Konfliktfall zugunsten problemangemessener Falllösung übergehen will. Diese Auffassung verletzt, auch abgesehen von der im Einzelfall zu überspielenden Vorschrift, vielfältig geltendes (Verfassungs-)Recht: die Unverbrüchlichkeit der rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassung; die Bindung auch an unterverfassungsrechtliche Normen; die Gebote der Rechtssicherheit, der Gleichmäßigkeit und Durchschaubarkeit der Rechtsordnung und nicht zuletzt die verfassungsmäßig festgelegte Verhältnisbestimmung der Funktionen. Erscheint eine Vorschrift im Einzelfall als nicht problemgerecht, so ist es Sache des demokratisch legitimierten und verfahrensmäßig gebundenen, prinzipiell in öffentlicher Diskussion festhaltbaren Gesetzgebers, sie sachgerecht zu ändern. Nicht ist es dagegen Sache eines Rechtsprechungsgremiums. Die Normtexte des Grundgesetzes über die Bestimmung der Funktionen wie die Bindungs- und Bestimmtheitsvorschriften (z. B. Art. 20 III, I III; Art. 19 I 2, 80 I 2, 79 I 1) einschließlich der Kontrollnormen (z. B. Art. 19 IV, 93, 100) zeigen, dass das geltende Verfassungsrecht nicht im Sinn einer primär problemorientierten Topik, sondern in dem einer primär normorientierten Methodik zu verstehen ist. Das Fragwürdige dieser Variante von Topik wird im (allein interessanten) Konfliktfall nie auszuhalten sein: Wer in einem bestimmten Sinn entscheiden will, dies aber nur in Bindung an das geltende Recht, wird nicht immer eine Norm finden, die sein Wollen rechtfertigt. Wer dagegen notfalls auch gegen geltendes Recht bestimmte inhaltliche Entscheidungen durchsetzen will, wird ohne Zweifel immer (verbale) Gründe finden, sein (politisches, ideologisches, interessenbedingtes) Wollen normunabhängig am - im Gegensatz zum Normtext ausschließlich von ihm selbst formulierten - „Problem“ zu rechtfertigen.

Für Strukturierende Methodik liegt in diesem Befund eine funktionelle Grenze, nicht ein striktes Entweder-Oder. Rechtsnormen sind strukturiert. Eine blockhafte Bindung an „die“ Norm im Sinn des herkömmlichen positivistischen Normbildes.

JM I, Rn. 112, 115 f., 118 ff.

Text, anordnender

Recht ist notwendig an Sprache gebunden. In einem System geschriebenen Rechts treten seine Vorschriften als Normtexte auf, d. h. als amtlich autorisierte Textformulierungen geltenden Rechts. Die Rechtsordnung bildet ein Kontinuum von Texten, die für anders nicht lösbare Konfliktfälle sanktioniert sind durch ‚als solche‘ sprachlose Gewalt, die wiederum ihrerseits durch die zugehörigen Verfahren sprachlich vermittelt wird. Rechtsstaatliches Recht arbeitet möglichst wenig mit bloßer und möglichst weitgehend mit sprachlich geformter, vermittelter und kontrollierbarer konstitutioneller Gewalt. Diese Form von Sprachlichkeit der Rechtsordnung entspricht dem Streben des bürgerlichen Verfassungsstaats der Neuzeit nach Rationalität. Diese ist funktionell zweideutig. Sie ist doppelt wirksam, indem sie einmal Herrschaftsprozesse erleichtern hilft, zum ändern die Voraussetzung für Konsens schafft. Das drückt sich in einer doppelten Form von Sprachlichkeit der Rechtstexte aus: anordnende und rechtfertigende Texte. Diese durchgehende Textstruktur setzt historisch die Organisationsleistungen des Verfassungsstaats der Moderne (wie: innere Souveränität und Monopol legitimer Gewaltausübung, Normenhierarchie und systematischen Rechtsschutz) voraus.

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural als Recht in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im demokratischen Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche (verfassungs-)rechtliche Sicherungen der Konsensfunktion seiner Rechtstexte: auf der Seite der anordnenden Texte Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite der rechtfertigenden Texte das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

Über solche Beispiele hinaus lässt sich die Textstruktur dieser Rechtsordnung insgesamt nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach abstrakt anordnenden Texten (Gesetzeswortlauten und - soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können - Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte rechtfertigenden Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschussberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach konkret anordnenden Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erlässt) und diese rechtfertigenden Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

JM I, Rn. 219 ff.

Text, Gravitationszentrum

Nach noch herrschender Rechts„anwendungs“lehre haben Gesetze einen Inhalt, der vom Willen ihres Autors bestimmt ist. Dieser „objektive Wille des Gesetzgebers“ ist durch den Vorgang schriftlichen Setzens, durch Kodifizierung „objektiviert“ worden. Auf solche Art in die Normtexte hineingelegt, muss und kann der inhaltliche „Wille“ von den Richtern und von anderen Funktionären, die zur Rechtsentscheidung befugt sind, mit Hilfe des überkommenen Kanons herausgeholt, aus-gelegt werden: für „die Auslegung einer Gesetzesvorschrift“ ist demnach „der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierete Wille des Gesetzgebers maßgebend (...), so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt“. Es spricht also der Gesetzgeber (durch den Mund des Richters), nicht etwa der Richter. Ungereimtheiten dieses Modells werden herkömmlich als Randphänomene (z. B. bei Generalklauseln, Ermessenstatbeständen, unbestimmten Rechtsbegriffen) eingeräumt, in solchem Rahmen auch sogenannte volitive Faktoren richterlichen Handelns wahrgenommen.

Im Grundzug aber steht das Modell fest wie Erz: Der Rechtsfall kennt eine richtige Entscheidung (nämlich die Anwendung des inhaltlich objektiven, textlich objektivierten Willens „des“ Gesetzgebers auf eben diesen Fall); diese wird durch den Text kognitiv vermittelt, vom Richter kognitiv ermittelt und durch Urteilspruch ausgeführt.

Dieses vertraute Modell macht Voraussetzungen (jeweils einzige richtige Deutung, Sinnzentrum, objektive Sinneinheit des Textes), die vor dem Forum einer inzwischen seit Jahrzehnten entfalteten neueren Sprachphilosophie und heutiger linguistischer Texttheorie illusionär erscheinen. Juristische Erfahrung hatte dort, wo sie hinreichend luzide reflektiert war, schon früher erkannt, dass „jeder Sinn nur Teilsinn in einem unendlichen Sinnzusammenhang ist und in diesem Sinnzusammenhang unübersehbare Wirkungen hervorruft“.

Die Rechtsentscheidung ist schon - und vor allem - deshalb nicht die einzig richtige, weil sie Text ist. Jedenfalls innerhalb der Textstruktur eines demokratischen Rechtsstaats kann sie außerhalb von Sprache nicht existieren. Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und Begründung müssen sprachlich formuliert werden; und als Text sind sie nie in Quarantäne, sind sie vor anderem Text (der ihnen vorhergeht, der sich auf sie ptopft, der sie kritisiert und - alternativ - kommentiert) nie sicher. Und dabei pflegt sich herauszustellen, dass in aller Regel noch zumindest ein anderer Text von Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und „Gründen“ als vertretbar erscheint; dass also die erste Version der Entscheidung ebenfalls nur „vertretbar“ genannt werden kann.

Aussagen wie „Juristisches Entscheiden ist nicht Finden, sondern Produzieren“; „Rechtsarbeit ist Textarbeit“; „die Arena praktischer Rechtswissenschaft ist konstituiert durch Text, Text und Text“ sind offenbar so banal, dass das alte Paradigma all das nicht bemerkt hat; und sind so wenig banal, dass es (bereits) an ihnen scheitert.

Die Unbeherrschbarkeit „meines“ Sinns, die des Sinnzentrums, das ich in den Text legen „will“, ist nicht eine Randerscheinung. Sie ist das - in aller Regel verdrängte - Grundphänomen der Vertextung; ist zudem noch kategorial verschärft im Augenblick des Verschriftens. Dem schriftlichen Text ist eine Sinneinheit, ist ein Sinnzentrum (und noch weniger sein einer Sinn) nicht unterzuschieben. Er wird durch andere (schriftliche) Texte in einen ebenso unvermeidlichen wie unabbrechbaren Semantisierungsvorgang und - nicht zuletzt auch als juristischer Text - in als solche ebenso wenig beendbare semantische Kämpfe, in praktische Sprachkämpfe hineingezogen. Diese Vorgänge und diese Kämpfe sind es, welche die Realität der Rechtsarbeit ausmachen; und nicht das kognitive Auffinden des einen richtigen „Normsinns“, nicht das getreue Anwenden des „objektiv/objektivierten“ gesetzgeberischen „Willens“.

Das heißt nicht etwa, der Streit über „den Sinn des Gesetzes“ sei sinnlos; er ist vielmehr für die Rechtsordnung funktional. Genauer gesagt: die Auseinandersetzungen um die Bedeutsamkeit (des Normtexts), die materielle Bedeutung für einen Fall wie diesen (die Rechtsnorm) und die verfahrensrechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall (die Entscheidungsnorm) finden ständig statt, machen die für juristische Entscheidungsarbeit kennzeichnenden semantischen Kontroversen aus. Aber es heißt, dass keiner der an ihnen Beteiligten den Gang, den Ausgang und den Fortgang der Bedeutungszuschreibungen durch die anderen „im Griff haben“ sowie in Zukunft „im Griff behalten“ kann.

Auch die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats beruhen auf (zu interpretierenden, änderbaren) Texten. Gewalt wird erst durch Sprache (durch versprachlichtes Recht) zu legitimer Macht: Blätter bedruckten Papiers zwischen dem bellum omnium contra omnes und der res publica. Zwischen dem Natur- und dem Gesellschaftszustand steht (so und nicht anders - aber das ist nie ein für allemal klar) organisierte Sprache.

JM I, Rn. 505 ff.

Text, rechtfertigender

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural als Recht in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die

Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im demokratischen Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche (verfassungs)-rechtliche Sicherungen der Konsensfunktion seiner Rechtstexte: auf der Seite der anordnenden Texte Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite der rechtfertigenden Texte das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

JM I, Rn. 219

Text, sprechender

Eine Rechtserzeugungsreflexion kann endlich die alte Gleichsetzung von Rechtsnorm und Normtext überwinden, welche den theoretischen Kern der positivistischen Lehre vom sprechenden Text darstellt. Der Normtext „enthält“ nicht eine normative Anweisung als substantielle Vorgegebenheit. Entgegen der positivistischen Annahme einer „Subsumtion“ unter feststehende Bedeutungen ist der Text nicht das begriffliche Subjekt einer formallogischen Ableitung. Er vermag nur die normativ konstitutive Leistung des wirklichen Subjekts, des für den Fall zuständigen Juristen nämlich, zu beeinflussen. Mit der Unterscheidung von Rechtsnorm und Normtext wird der komplexe Semantisierungsvorgang sichtbar, den der Positivismus hinter der rhetorischen Fassade sprachlich vorgegebener Bedeutungen verstecken wollte und der sich auch nicht in ein jeder Diskussion methodischer Fragen vorgeordnetes „Gesetzbuch der praktischen Vernunft“ einbinden lässt. Die praktische Textarbeit der Jurisprudenz ist auf eine in Regeldetermination nicht auflösbare Weise schöpferisch.

JM I, Rn. 214

Textarbeit, juristische

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein müßiges Spiel. Die zugrunde liegenden moralischen, politischen und philosophischen Fragen sind zwar in der Literaturwissenschaft und der Sprachphilosophie nicht immer leicht zu entdecken. In der Jurisprudenz dagegen geht es um Gewalt; um richterliche und um sonstige Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten. Die Brisanz von Kontroversen liegt hier klar zutage. Für die Bürger, die sich mit ihren Konflikten in die Hand des Gerichts geben, wird Interpretation und Gebrauch von Rechtstexten zum höchst praktischen Problem. Es stellt sich von Anfang an: professionelles Umformulieren der „lebensweltlichen“ Fallerszählung in den juristischen Sachverhalt durch Versicherungsfunktionäre, Rechtsberater, Anwälte (Standesgewalt), durch Polizei, ggf. Staatsanwaltschaft, Gericht (Staatsgewalt). Deren subtile Form besteht hier in Sprachbemächtigung: den Beteiligten wird ihre Sprache durch I autoritative Fachsprache enteignet. In der Folge werden sie sich anpassen bzw. sich die Dienste einer Fachperson mit deren Fachsprache kaufen müssen; in ihrer Sprache werden sich das Verfahren oder der Prozess jedenfalls nicht mehr abspielen.

Wenn Methodik den juristischen Umgang mit Texten reflektieren will, hat sie keine Wahl: sie ist eine politische Disziplin. Ihr Thema ist auch das Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Gewalt.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache ‚Gewalt‘ nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als ‚Walten‘ der guten Obrigkeit. Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinanderhalten, braucht man Beiworte wie legitime / illegitime Gewalt. Im Englischen dagegen kann man schon im Hauptwort nuancieren und power, authority, force und violence unterscheiden. Ob der Richter nun authority oder violence, legitime oder illegitime Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für

alle beschlossene Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Absichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muss.

Der ältere Ansatz juristischer Methodik war noch in der Vorstellung vom Text als einem Behälter befangen, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder / ihre Sinneinheit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Angesichts dieses Rückzugs (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) hat die Strukturierende Rechtslehre vorgeschlagen, die grundlegende Perspektive zu verändern: der „Gegenstand“ ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozess der Herstellung der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebunden ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende Bedeutung muss er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur gebunden.

An die Stelle von fiktiven Gegenstandsprojektionen treten jetzt also real fundierte Beziehungen zwischen Zeichenkette (Normtext im Gesetzbuch), wissenschaftlichen Standards (juristische Methodik incl. Dogmatik) und politischen Entscheidungen in der Verfassung (demokratischer Rechtsstaat). Dabei war von vornherein mitbedacht, dass auch der Kontext von Normtexten ein bestimmter, aber nicht begrenzbarer ist. Die Rolle der klassischen canones besteht gerade darin, mit Fachsprachgebrauch (grammatische), Parlamentsdebatten (genetische), Vorläufertexten (historische Auslegung) usw. diese bestimmten Kontexte zu erschließen. Aber die canones sind nur zu einer Vermehrung und Vervielfältigung des Textsinnes in der Lage, ohne schon für sich allein eine Entscheidung zwischen konfligierenden Lesarten zu erlauben. An dieser Stelle greifen die politischen Entscheidungen der Verfassung ein. Sie ermöglichen zunächst, eine Hierarchie in die Kontexte zu bringen, wonach der spezifischere, engere Kontext bei einem Konflikt Vorrang haben soll. Aber allein damit wäre noch nicht viel gewonnen. Außerdem überträgt die Verfassung dem Richter die Gewalt, den methodologischen Konflikt verschiedener Interpretationsvarianten zu entscheiden. Dies jedoch nicht unbegrenzt, sondern erschwert durch die Vorgabe, in der Begründung darzulegen, dass und wie er seine Entscheidung am Normtext und den damit verbundenen methodisch operationalisierten Anschlusszwängen des juristischen Sprachspiels legitimieren kann.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muss.

Mit der Verpflichtung auf den Gesetzeswortlaut hat sich die für eine Erarbeitung von Recht am Text zentrale Frage der Gewalt richterlichen Handelns nicht etwa erledigt. Vielmehr stellt sie sich damit um so klarer. Die Frage der Gewalt der Rechtsprechung kehrt in der Verpflichtung auf den Gesetzeswortlaut wieder, sofern diese Verpflichtung genau die wieder rechtsförmig eingeforderte Art von Antwort auf sie darstellt. Sie stellt sich dann als Frage nach der Gewalt, derer es bedarf, um dem Normtext seine Bedeutung für ein Urteil in dem zur Lösung anstehenden Fall überhaupt erst zu geben. Sie stellt sich mit einem jeden zu entscheidenden Fall neu, mit jedem Schritt der Lösung des Falls anhand der Texte. Gewalt hat ihren Grund allein schon in der unabdingbaren Sprachlichkeit von Recht. Die Gewalt juristischer Textarbeit ist aufgrund der eigentlich endlos möglichen Semantisierung sprachlicher

Zeichen mit jeder verbindlichen und für gültig gesetzten Entscheidung über Sprache gegeben. Diese Entscheidung kann nur in einer negativen Hermeneutik des Ausschlusses zur Reduzierung der Vielfalt der Semantisierungen auf die rechtlich ausschlaggebend eine Bedeutung des Zeichens hin getroffen werden, die es allein dadurch erklärtermaßen ‚hat‘. Juristen „verstehen“ nicht (nur), sie handeln (vor allem). Ihr Tun ist weniger ein Nachvollziehen als ein (durch Arbeitsstandards gebundenes) Handeln. Rechtsarbeit ist Textarbeit: mit zu rezipierenden, zu deliberierenden, zu produzierenden Texten (und rezipiert wird dabei auch die sprachliche Formulierung der generellen Tatsachen, die durch den Fall ins Spiel kommen, m.a.W. die Texte über den Sachbereich). Ihre Rechtfertigung findet die Gewalt juristischer Textarbeit unter den Bedingungen des modernen Rechts- und Verfassungsstaats darin, dass Recht anders nicht zur Sprache zu bringen und damit anders nicht ‚zu haben‘ ist. Nur im Einsatz der Gewalt juristischer Textarbeit kann dem Gesetz Genüge getan werden, auf das der Rechtsarbeiter für seine Fallösungen verfassungsrechtlich unmissverständlich verpflichtet ist.

Die für die Wahrnehmung seiner Aufgabe unabdingbare Gewalt, die dem Rechtsarbeiter mit dem Amt in aller Form übertragen ist, wird ihm zugleich positivrechtlich genommen und in eine Pflicht überführt. Die Zentrierung der symbolischen Gewalt juristischer Semantisierung auf den Normtext bleibt nicht einem bloß subjektiven „Willen zum Gesetz“ überlassen, den er aus freien Stücken aufzubringen hat. Sie verlässt sich auch nicht auf eine nur subjektiv verbindliche rechtsethische Einsicht. Sie ist mit der Bindung der Rechtserzeugung „an das Gesetz“ selbst als geltendes Recht festgeschrieben. Dem Artikel 92 des Grundgesetzes, der die „rechtsprechende Gewalt“ in die Hände des Richters legt, folgt umgehend Art. 97 GG, der ihm diese Hände bindet, indem er ihn in seiner Arbeit am Recht „nur dem Gesetz“ unterwirft: Die Sprache der Rechtserzeugung muss den von der Verfassung definierten Legitimitätsstandards genügen.

Der Status der Priorität von Sprachdaten vor den Realdaten ebenso wie der Status der Präferenzierung jeweils normtextnäherer Elemente im methodologischen Konflikt ist damit der einer diskurswidrigen, aber normativ angeordneten, von der verfassten Staatsgewalt postulierten Disziplinierung der Rechtsarbeit. Dasselbe gilt für die Frage von deren Begrenzung: Es zeigt sich, dass dem Normtext (Wortlaut) auch bei der Frage, wo die Grenze zulässigen rechtlichen Begründens und Entscheidens liege, eine Sonderstellung zukommt. Diese folgt gleichfalls, vor dem Hintergrund des zur Sprache gebrachten mehrfachen Zwiespalts, aus dem positivierten, und das heißt hier: aus dem schriftlichen Charakter dieses Typus von Rechtssystem.

JM I, Rn. 337 ff., 528 ff.

Textformular

Nur wenn man am Zeichen die Ebene der Bedeutsamkeit übersieht, kann man sich einreden, dass die Unterscheidung von Textformular und Textbedeutung es der Strukturierenden Rechtslehre unmöglich mache, ein Zeichen von Nichtzeichen zu trennen. Tatsächlich hat die Strukturierende Rechtslehre mit der Unterscheidung von Geltung und Bedeutung überhaupt erst das vom Positivismus systematisch verleugnete Problem der Semantisierung kenntlich gemacht. Und genau dieses Aufsprengen des Positivismus wäre rückgängig gemacht, wenn man Textformular und Textbedeutung wieder miteinander verschweißt. Dann würden wie im inzwischen abgelebten klassischen Positivismus Geltung und Bedeutung wieder gleichgesetzt und die vorausliegende Dimension der Bedeutsamkeit einmal mehr übersehen.

Die Wortlaute, die Normtexte, haben zwei Aufgaben. Zum einen verpflichten sie die „Betroffenen“, d. h. alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, zu einem bestimmten Verhalten. Dieses wird von ihnen dann verlangt, wenn ihre praktische Situation jener eines „gesetzlichen Tatbestandes“, also der im Normtext grob umschriebenen Konstellation, anscheinend entspricht. Für diesen Nexus „Lage - geschuldete Rechtsfolge“ ist der Normtext sozusagen ein Merkposten. Die Prüfung kann nur grob erfolgen, da die Betroffenen typischerweise nicht juristisch geschult sind: also umgangssprachlich, alltagstheoretisch vermittelt, in aller Regel ohne Gesetzeslektüre, mittels der (im Strafrecht) sogenannten „Parallelwertung in der Laiensphäre“. In dieser Teilfunktion hat der Normtext noch nicht „Normativität“, sondern - und zwar gegenüber allen - erst „Geltung“. Wäre das anders, wäre „Geltung“ also bereits „Normativität“, dann müssten - plakativ gesagt - alle Betroffenen im Bereich der Rechtsordnung Fachjuristen sein; glücklicherweise ist dies nur ein Denkspiel. Der Normtext verpflichtet also alle Teilnehmer am

Rechtsverkehr, Fachleute oder Laien, dann, wenn ihr Tun oder Unterlassen tatbestandlich „einschlägig“ ist, rein praktische Quasi-Rechtsnormen („das darf ich nicht“, „das darf ich“, „das muss ich hier so und so machen“) und anschließend praktische Quasi-Entscheidungsnormen zu setzen („das mache ich also nicht“, „das kann ich also tun“, „das mache ich folglich so und nicht anders“). Dabei handelt es sich, genau genommen, um Verhaltensdirektiven als informelle praktische Orientierungen und Entscheidungen.

Das Verhältnis zwischen „Gesetz und Urteil“, also zwischen dem gesetzlichen Wortlaut und seiner Bedeutung für den Fall, in der hier gebrauchten Terminologie zwischen Normtext und Rechtsnorm ist also nicht so simpel, wie es die positivistische Tradition hatte glauben machen wollen. Es ist um einiges komplexer, aber nichtsdestoweniger wissenschaftlich strukturierbar und praktisch handhabbar. Linguistisch gesprochen, ist der Wortlaut im Gesetzbuch erst ein Textformular; aber dessen Ausfüllung zum verbindlichen Text der Rechtsnorm ist nicht ins freie Belieben gestellt. Je nach seiner Formulierung, die vager oder präziser, lockerer oder dichter, niemals aber vorweg zuverlässig determinierend sein kann, markiert der Normtext als Eingangsdatum der Entscheidungsarbeit bereits Indizien für die Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit späterer Entscheidungen.

JM I, Rn. 187, 305, 307

Textkohärenz

Eco wendet sich gegen den einseitigen Pendelausschlag zugunsten des Lesers und will die „Grenzen der Interpretation“ aufweisen: auch wenn man den Text als ein Picknick verstehen könne, zu dem der Autor die Wörter und der Leser den Sinn beisteuere, seien diese Wörter doch gegenüber einer beliebigen Sinnzuweisung sperrig. Daran scheitere ein Verständnis des Textes als offenes Universum, worin der Interpret unendlich viele Sinnzusammenhänge finden könne. Selbst der von seiner Lage und seinem Urheber abgelöste Text schwebe nicht in einem Vakuum. Gemessen am kulturellen Schatz von Autor und Leser, der aus Grammatik, Enzyklopädie und Kulturkonventionen bestehe, sowie dank gewisser Kriterien der Sparsamkeit von Interpretation könne er zwar vieles, aber eben nicht alles bedeuten. Die Sperrigkeit der Wörter in Verbindung mit dem schon erwähnten kulturellen Vorrat vermöge gewisse Deutungen als abwegig auszuschließen.

Diese Sperrigkeit ergibt sich für Eco daraus, dass der Text auf einen exemplarischen Leser hin angelegt sei, welcher seinerseits einen exemplarischen Autor unterstelle. Daher folge die Aussage des Textes weder nur aus der Textkohärenz und einem vorgegebenen Bedeutungssystem, noch allein aus dem Erwartungssystem des Lesers. Bedeutung konstituiere sich vielmehr aus einer komplexen Wechselbeziehung zwischen dem sozialen Kulturbestand des Autors und dem des Lesers. Das Ergebnis dieses Prozesses unterscheidet Eco als *intentio operis* sowohl von den Absichten des Autors als auch von denen des Rezipienten. Die Textintention liege genauso offen zutage wie der gestohlene Brief. Man müsse sie nur sehen wollen. Sie existiert demzufolge als Mutmaßung des Lesers über einen Text, der ersonnen wurde, um einen exemplarischen Leser zu erzeugen, der über den Text mutmaßt. In dieser luftigen Konstruktion wird der Text als Grenze durch die Interpretation fortwährend konstituiert. Die Interpretation orientiert sich dabei an der mit der semiotischen Strategie gleichgesetzten *intentio operis* und überprüft ihre diesbezügliche Mutmaßung an der Textkohärenz: „Zwischen der mysteriösen Entstehungsgeschichte eines Textes und dem unkontrollierbaren Driften künftiger Lesarten hat die bloße Präsenz des Textes etwas tröstlich Verlässliches als ein Anhaltspunkt, auf den wir stets zurückgreifen können.“

Diese Präsenz des Textes als verlässliche Grenze der Interpretation will die pragmatische Texttheorie erschüttern. Beschreibungen sind aus ihrer Sicht immer nur Mittel für bestimmte Zwecke und nie Entsprechungen zu etwas Objektivem. Deswegen dürfe sich auch ein bestimmtes Verständnis des Textes nicht einbilden, dessen wahre Bedeutungssubstanz freizulegen oder zu seinem wirklichen Wesen vorzudringen. Wenn Eco dagegen eine *intentio operis* behauptete, nehme er eine nicht-relationale Wesenseigenschaft eines Textes an, die der äußeren Interpretation als Grenze entgegen gehalten werden solle.

Gegen solche intrinsischen (d. h. von innen kommenden) Eigenschaften des Textes spreche schon der Umstand, dass sich eine Grenze zwischen Texten niemals klar angeben lasse. Auch dürfe das

berechtigte Anliegen, den gewalttätigen oder oberflächlichen Leserimpuls zu disziplinieren, nicht dazu führen, eine bestimmte Phase sorgfältiger und den Regeln der Kunst entsprechender Textarbeit zur „Objektivität“ des Textes zu überhöhen. Die von Eco als Überprüfungsinstanz der Interpretation herangezogene Kohärenz sei keine interne Eigenschaft des Textes, sondern werde als Ergebnis der Interpretation vom Leser erst erstellt.

JM I, Rn. 340 ff.

Textstruktur, Rechtsordnung

Die durch Derrida unvergesslich gewordenen Bedingungen unseres Umgangs mit Schrift (und allgemeiner mit Text) scheinen für das Herzstück der Rechtswelt, für juristische Entscheidungsvorgänge, dementiert zu sein: und zwar für deren Endpunkt wie für ihren Beginn: Zwar zeigt sich schon „rein“ juristisch, bereits im engeren Bereich der Rechtswelt die vielfältige Bedingtheit der Normtexte: Die Rechtsgeschichte (mit dem „historischen“ Konkretisierungselement) erweist sie oft als durch Normvorläufer, die Rechtsvergleichung als durch ähnliche Vorschriften anderer Rechtsordnungen beeinflusst. Die Entstehungsgeschichte (mit dem „genetischen“ Konkretisierungsfaktor) belegt ihre sachliche Bedingtheit, inhaltliche Abhängigkeit, häufig auch ihre Zufälligkeit, ihre Inkonsistenz. Ein Normtext kann, wenn er in Geltung tritt, mehrheitlich nicht ernst gemeint worden sein; oft ist er bereits im Moment seines Inkrafttretens obsolet, schon hat die Debatte um seine gerichtliche Annullierung, seine legislative Aufhebung oder Änderung begonnen; schon beginnen auch, unvermeidlich, solange er „gilt“, die als solche unabschließbaren „Interpretations“- und „Anwendungs“-diskurse. Den Anschein einer gewissen Reflexion der Schrift-Problematik erwecken nur vereinzelte Beispiele aus der Rechtsgeschichte, und auch diese eher ungewollt. Die Interpretationsverbote in Justinians Corpus Iuris und im Preußischen Allgemeinen Landrecht verraten mehr Einsicht in die Natur schriftlicher Diskurse als die selbstsichere Pose heutiger Kodifikationen und ihrer offiziellen Ausleger; und auf die mit Schrift unabweichlich gegebene „Abwesenheit“ hat das ALR von 1794 mit einem Normtext reagiert: mit der Verpflichtung der Richter zur Rückfrage an die königliche Gesetzgebungskommission; in Frankreich lässt sich ähnliches über das Institut des „refere legislatif“ sagen. Dabei konnte diese Rückfrage nicht erfolgen, ohne den Streitfall bzw. seinen problematischen Teil zu berichten, durch den die (angeblich) „klare und deutliche Vorschrift“ jetzt unklar geworden war. Das Gericht wurde so ent- und die Gesetzgebungskommission belastet - aber die problematische Aufgabe, den Streitfall rechtens zu lösen, blieb als solche bestehen.

Im besten Fall ist ein Normtext eine ernst „gemeinte“ Momentaufnahme des politisch-juristischen Stellungskriegs; er ist in der Tat kein „Ursprung“. Und dennoch verlangt der demokratische Rechtsstaat, den Normtext als Ursprung zu fingieren: als gewaltgestützte Fiktion eines Ursprungs, um einen im Sinn des Staats verbindlichen Anfangs- und Maßpunkt für die vom Staat durchgeführten Entscheidungsvorgänge vorweisen zu können. Jedenfalls sagt dies das noch immer herrschende positivistische Paradigma. Für die Strukturierende Rechtslehre ist der Normtext nur Eingangsdatum; und zwar eines Vorgangs der Konkretisierung, durch den eine Rechtsnorm erst konstruiert wird. Dagegen mystifiziert der Gesetzespositivismus den Normtext zur „Norm“, fingiert er einen vorgegebenen Ursprung.

Die im Staat akkumulierte, durch seine Verfassung und Gesetze organisierte, die ihn ausmachende Gewalt stützt diese Fiktion und ihre Sanktionierung ab, ist aber selber zugleich von derartigen fingierenden und sanktionierenden (Norm-)Texten begründet, kompetent gemacht, legitimiert und nicht zuletzt hinter ihnen versteckt. Sie sprengt, beeinflusst, bricht, kurz: sie „ordnet“ (im Sinn von Foucault) den Rechtsdiskurs bereits dadurch, dass sie mit ihren „geltenden“ Normtexten den Anfang, den Ursprung für den fraglichen Entscheidungsvorgang setzt; indem sie gewaltsam (weil durch Gewalt sanktioniert) ein Text-Äußeres aufzwingt. Dieses Text-Äußere ist dabei nicht der Normtext als solcher; als solcher bleibt er Text und kann der *conditio*, Text zu sein, nicht entkommen. Von einem „Äußeren“ wird auch nicht deshalb gesprochen, weil im Recht neben Sprache auch Gewalt wirkt; das ist ohnehin so, auch außerhalb der fachlichen Rechtssprache, in Sprache überhaupt. Das gewaltsame Äußere, das von der gesetzpositivistischen Haltung der *conditio* des Normtexts aufgenötigt wird, ist die Fiktion, er sei ein privilegierter, ein (für die Dauer seiner staatlich bestimmten „Geltung“) dem unabschließbaren Spiel der Differenzen und dem Zirkulieren der (als Texte notwendig) gleichgeordneten Texte entzogener Text.

Entsprechendes fingiert der Staatsapparat für das (von der Textlichkeit her nicht mögliche) Ende des Entscheidungsdiskurses: die wiederum gewaltsam durchsetzbare Fiktion, mit dem Text des Urteils (genauer: den Texten von Rechtsnorm, also Leitsatz; von Entscheidungsnorm, also Tenor; und mit denen der Gründe) sei ein privilegierter Endpunkt, also eine Gestalt für die eine Wahrheit dieses Falles setzbar, so wie der als einschlägig herangezogene Normtext seinen einen Ursprung hatte fingieren müssen. Das „Äußere“ liegt hier darin, dass bei der rechtlich nicht mehr anfechtbaren Entscheidung, die Text ist, die Gemengelage von Gewalt und Sprache entmischt wird, dass der Faktor Gewalt allein dominieren und es der Sprache (dem Rechtsdiskurs) untersagt werden soll, weiter zu sprechen.

Warum zwingt der moderne Staat am Anfang wie am Endpunkt juridischer Entscheidung je ein Text-Äußeres auf? Anders gefragt: Warum muss unter Berufung auf (schriftliche) Normtexte und in Form (schriftlich) begründeter Urteilstexte entschieden werden?

Dass überhaupt entschieden werden muss, ist kein Phänomen erst des modernen Staates; und es ist keine Textfrage. Es ist eine - wenn auch in Texten behandelte, von Texten begleitete - Frage von Macht/Gewalt in den tatsächlich konflikthaften menschlichen Gruppen; und zwar immer dann, wenn ein Konflikt nicht intersubjektiv, nicht „intern“ in der Untergruppe der „Beteiligten“ hat gelöst werden können. Ein jeder gleichsam „geplatzt“, also nur noch unter Berufung auf die Legitimität der Gesamtgruppe lösbarer Konflikt, kann natürlich durch Gewalt beseitigt werden; aber das ist dann kein Rechtsvorgang und damit kein Gegenstand dessen, was hier untersucht wird. Ferner kann die Lösung durch schweigende, bloß performative Dezision nach ungeschriebenem Rechtsbrauch, nach herkömmlich praktizierten Grundsätzen oder allein kraft dem Charisma der entscheidenden Person gefunden werden - dann aber durch Hordenchef, Clanvater, Stammesmutter, durch Häuptling oder Kaziken, und eben nicht von einem „Richter“ genannten oder von anderen verfassungsmäßigen Rechtsfunktionären des Rechtsstaats, von dem hier die Rede ist. Die Streitfrage könnte auch ohne strenge Bindung an Normtexte, notfalls auch gegen das Gesetz (rechts-)politisch erwogen und entschieden werden; dann aber haben wir so etwas wie einen klassisch-römischen Prätor und nicht einen heutigen Richter vor uns. Sie ist auch so entscheidbar, dass zwar auf Normtexte hingewiesen wird, die Verbindung des Ergebnisses mit ihnen aber ohne Begründung nur behauptet werden darf - dann handelt es sich um eines der autoritären politischen Systeme, nicht aber um einen verfassungsrechtlich konstituierten Rechtsstaat.

Dieser bezieht seit dem Aufgang der modern-europäischen, später auch der nordamerikanischen Neuzeit seine besondere Legitimation daraus, „möglichst weitgehend mit formalisierter, kontrollierbarer, sprachlich vermittelter konstitutioneller Gewalt auszukommen und möglichst wenig die deswegen entlegitimierende ‚bloße‘, d. h. die aktuelle Gewalt einsetzen zu müssen“. Entscheidungen in diesem Rechtsstaatstypus stehen unter derart lastenden Vorgaben, dass die beunruhigende Zweideutigkeit dessen, was bei derartigen Entscheidungen wirklich vor sich geht, nicht mehr kaschiert werden kann: einerseits die (legitimierende) Entscheidungspflicht als ein Text-Äußeres; andererseits die (gleichfalls legitimierende) normative Vorgabe, die Entscheidung müsse durch schriftliche rationale Texte erfolgen - in einem Medium also, das ein solches Äußeres nicht (an)erkennt. Dem diskursiv nicht abbrechbaren Zirkulieren von Norm- und Kommentar- und Entscheidungstexten stehen normativ in Form der rechtsstaatlichen Normenmasse und Normen- Hierarchie, nicht-normativ methodologisch in Gestalt von Normprogrammgenze und Präferenzregeln Instrumente der Disziplinierung des Diskurses gegenüber, die zwar sprachlich illusionär sind, die der Rechtsstaat aber gleichwohl aufnötigt.

JM I, Rn. 509 ff.

Textstufen

Was üblicherweise Rechts„anwendung“ heißt, wird hier ‚auf der Zeitschiene‘ dynamisiert: es wird in zeitliche Verlaufsform gebracht, zu einem Ablaufmodell entwickelt. Es wird, anders gesagt, zunächst einmal auf der Achse „Norm/Fall -in der hiesigen Ausdrucksweise: Normtext/Fall - strukturiert. Das veranlasst dazu, etwas zu problematisieren, was im gesetzespositivistischen Paradigma einschließlich seiner para- und antipositivistischen Epizykeln kein Problem zu werden brauchte. Es muss jetzt notwendig gefragt werden, wo in diesem Ablauf, ab wann in diesem „Konkretisierung“ genannten Arbeitsvorgang sinnvoll von „Rechtsnorm“ und von „normativ“ gesprochen werden kann.

Ergebnisse dieser hierauf antwortenden Strukturierung, die zu den Grundlagen des vorliegenden Konzepts zählen, sind vor allem:

- die Abschichtung von Normtext und Norm;
- die stufenweise fortschreitende Unterscheidung von Normtext, Text des Normprogramms, Text des Normbereichs, Text der Rechtsnorm und Text der Entscheidungsnorm ;
- die Bestimmung von „Konkretisierung“ (herkömmlich Rechts„anwendung“) als Rechtserzeugung, als Rechtsnormkonstruktion.

Der Jurist, der zu entscheiden hat, geht also in Stufen vor, bildlich gesprochen. Alle Stufen und Mittel seines Arbeitsvorgangs sind entweder schon vertextet (Normtexte, Texte von Normvorläufern, Texte aus dem Entstehungsverfahren der fraglichen Normwortlaute, Texte dogmatischer Argumente, usw.) beziehungsweise müssen von ihm vertextet werden. Normtext, Normprogramm, Normbereich (in seiner sekundär sprachlichen Formulierung), Rechtsnorm und Entscheidungsnorm ergeben, vereinfachend gesprochen, fünf Textstufen. Diese bezeichnen zum einen die genannten Strukturbegriffe des Normmodells, zum ändern die hauptsächlichen Stationen des tatsächlichen Konkretisierungsablaufs.

Der Normtext ist abstrakt-generell (die Tradition sagt das von „der Rechtsnorm“) und noch nicht normativ. Der Text der Rechtsnorm ist dann typologisch-generell („in einem Fall wie diesem ... gilt“), jener der Entscheidungsnorm-konkret-individuell. Die Rechtsnorm ist, anders gesagt, die Entscheidung als generalisierbare; oder: Die Rechtsnorm ist der materiellrechtliche Ausspruch des geltenden Rechts für einen Fall „wie diesen“, die Entscheidungsnorm (der Tenor) ist die prozessrechtliche Aussage des geltenden Rechts „für diesen Fall“.

JM I, Rn. 549

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004